



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.794 - RS (2016/0157827-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DOUGLAS SILVA DE FARIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/6. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

3. No caso, o Tribunal local aplicou a redutora, porém, em patamar inferior ao máximo. Contudo, o Tribunal não apresentou motivação idônea para justificar a fixação de patamar diverso do máximo. O fato de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas é requisito para se aplicar ou não a benesse e não fundamento para mensurar o *quantum* que será arbitrado.

4. Em relação ao regime e à substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade não expressiva de droga - 40g de maconha -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.794 - RS (2016/0157827-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DOUGLAS SILVA DE FARIAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS SILVA DE FARIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação n. 0013360-36.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que o Juízo de 1º grau, ao proferir sentença, afastou a imputação da prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, desclassificando a conduta praticada pelo paciente para a prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 147/149).

Interposta apelação pelo *Parquet*, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso para condenar o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, nos termos do acórdão (fls. 178/195):

APELAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. Materialidade do delito atestada por auto de apreensão (41 tabletes de maconha, pesando aproximadamente 45g).

Autoria do delito amparada em relato coerente de policiais que autuaram o réu, afirmando que tinha dita substância escondida junto a si em arbusto. Elementos probatórios no feito conduzem à conclusão da destinação a terceiros, considerando também que as substâncias se encontravam embaladas de forma individual, estando comprovada a prática contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Desclassificação do art. 28 desta lei ora rechaçada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que pese concedida na origem. Pena definitiva estabelecida em quatro anos e dois meses de reclusão, com regime inicial semiaberto, bem como 420 dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente, nos termos do CP. APELO MINISTERIAL PROVIDO. UNÂNIME.

No presente *writ*, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que deve incidir no caso a atenuante de menoridade, para se fixar a pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar inferior ao mínimo, abrandando-se o disposto no enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

Aduz, ainda, que o paciente faz jus à aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, porquanto estão presentes todos os requisitos para a incidência da benesse.

Uma vez acolhida a tese acima referida e fixada a pena em patamar inferior a quatro anos, conclui a defesa que o paciente faz jus ao regime aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, bem como preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, sendo permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessa forma, pede, liminarmente e no mérito, que seja considerada a atenuante de menoridade penal, aplicado o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 204/206.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 214/219, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 359.794 - RS (2016/0157827-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento do constrangimento ilegal, tendo em vista a não redução da pena na segunda fase da dosimetria, ainda que existente a atenuante da menoridade; a não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo; a fixação de regime diverso do aberto; bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No que tange à insurgência sobre a aplicação da atenuante da menoridade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há se falar em constrangimento ilegal. Isso porque o entendimento desta Corte Superior é pacífico no sentido de não ser possível a redução da pena-base abaixo do mínimo legal por meio da atenuante, conforme preceitua o enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Aliás, a Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.114.068/PR, manteve referido posicionamento concluindo que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei". O acórdão recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.

6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008. (REsp 1117068/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 8/6/2012).

Dessa forma, tendo a pena-base sido arbitrada no mínimo legal, ainda que presente uma atenuante, inviável a redução da pena na segunda fase da dosimetria, por incidência do supracitado enunciado.

Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

No caso dos autos, o Tribunal local aplicou a redutora, porém, em patamar inferior ao máximo, nos seguintes termos (fls. 191/192):

Considerando ser o réu é primário - não havendo indício de dedicação a atividades criminosas e/ou organização criminosa - reduzo em 1/6 a pena por força do disposto no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Resta, então, pena definitiva em quatro anos e dois meses de reclusão.

Contudo, verifico que o fundamento utilizado não deve prevalecer, tendo em vista que o Tribunal de origem não apresentou motivação idônea para justificar a fixação de patamar diverso do máximo. O fato de o paciente ser primário e não se dedicar a atividades criminosas é requisito para se aplicar ou não a benesse e não como fundamento para mensurar o *quantum* que será arbitrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, verifica-se o constrangimento ilegal quanto à aplicação da redutora no patamar de 1/6, devendo ser aplicado a fração máxima.

Assim, necessário refazer a pena do paciente.

Na primeira fase, mantenho a pena-base fixada em 5 anos. Na segunda fase, permanece nesse patamar, ainda que presente uma atenuante, tendo em vista o enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Na terceira fase, aplica-se a redutora no patamar de 2/3, ficando a pena final arbitrada em 1 ano e 8 meses de reclusão.

Por fim, tendo em vista o redimensionamento da reprimenda para 1 ano e 8 meses e o fato do *quantum* da pena ter sido o único fundamento utilizado, tanto para a fixação do regime semiaberto quanto para a negativa de substituição da pena, necessário realizar alterações.

Tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 40g de maconha -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais, em virtude do trânsito em julgado da condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0157827-5

HC 359.794 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121400808543 00133603620168217000 03751229320148210001 121400808543
133603620168217000 3751229320148210001 7006031665

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: DOUGLAS SILVA DE FARIAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.